

Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada

POR LUANA ALBERDI IMAS (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Reseña histórica.- III. Concepto y caracteres del derecho real de superficie.- IV. Constitución.- V. Modalidades.- VI. Emplazamiento.- VII. Extinción e indemnización.- VIII. Publicidad registral inmobiliaria.- IX. Registro de la Propiedad Inmueble y Catastro en la provincia de Buenos Aires.- X. Análisis de la normativa vigente en la provincia de Buenos Aires.- XI. Registración del derecho real de superficie.- XII. Realidad Registral en la provincia de Buenos Aires.- XIII. Conclusión.- XIV. Bibliografía.

Resumen: el derecho real de superficie fue incorporado en la legislación argentina en el año 2015 y se reguló de la manera más amplia, pudiendo ser su objeto la construcción, plantación o forestación. Comenzó a aplicarse de manera pacífica y existen grandes expectativas en cuanto a su utilización.

Palabras claves: derecho real - derecho real de superficie - Registro de la Propiedad Inmueble

Real surface right: an applied registration look

Abstract: the real surface right was incorporated in the legislation of Argentina in the year 2015, and is regulated in the broadest way and its object may be construction, plantation or afforestation. It began to be applied in a peaceful manner, and there are high expectations in terms of its use.

Keywords: real rights - real surface rights - property registration

I. Introducción

En el año 2015 comenzó a regir el nuevo código de fondo que, por primera vez, reunió en una misma ley las materias civil y comercial. Con una impronta

(*) Prof. Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Plata, UCALP. Adscripta al Instituto de Derecho Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

moderna y recogiendo las experiencias jurisprudenciales de este país, se actualizaron algunos conceptos e incluyeron nuevos institutos.

En relación con los derechos reales, ubicados en el Libro IV del código, se incorporaron cinco nuevos derechos. De esta manera se amplió la nómina de estos derechos, hoy ubicados en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial (en adelante CCiv. y Com.). Así, ciertos emprendimientos que en la práctica ya se desarrollaban encontraron un amparo legal bajo la creación de un derecho real que los comprendiera. Estos son los conjuntos inmobiliarios, propiamente dichos, los cementerios privados y el tiempo compartido. A la propiedad horizontal, que fue reconocida a nivel nacional por el decreto ley 13.512 de 1948, también se la incorporó como derecho real, como resultado de una correcta técnica legislativa. Resta nombrar el derecho real de superficie, el cual por ser el único que en la práctica no se llevaba a cabo por estar prohibido, hoy resulta muy interesante y necesario realizar un análisis pormenorizado de su concepto y regulación, para poder ser comprendido y aplicado.

Se abordará en este trabajo el estudio del Derecho Real de Superficie —concepto, constitución, transmisión, extinción, registración y casos reales— desde una óptica catastral y registral.

Este derecho, que fue prohibido de forma expresa por Vélez, luego permitido parcialmente en el año 2002 al promulgarse la Ley 25.509 de Superficie Forestal, hoy se encuentra regulado en el código en el Libro IV, Título VII desde el artículo 2114 al 2128.

A nivel local, en la provincia de Buenos Aires, también se han regulado los requisitos a tener en cuenta a la hora de su constitución, visto desde una óptica catastral y sobre la calificación, en el plano registral.

II. Reseña histórica

El derecho de superficie se remonta a la época de los romanos. Se lo conoce como un derecho real pretoriano, porque fue el pretor quien otorgó un interdicto (interdicto *de Superficiebus*) y luego una acción real para defender los derechos de aquellas personas que hubieran construido con materiales propios en inmueble ajeno, con base en una relación jurídica. En un primer momento, el objeto de este derecho recaía sobre terrenos del fisco. Con posterioridad, se extendió esta modalidad entre particulares.

Al momento de finalizar la República, en atención al desarrollo alcanzado por Roma, fue necesario fomentar e impulsar las edificaciones y plantaciones por el déficit habitacional que existía. Esta situación propició que los dueños de las

tierras pudieran conceder a los demás ciudadanos romanos un permiso especial para edificar en sus predios, a cambio de un canon periódico o solárium.

En Roma existía la *ius in re propria* (nuda propiedad) y la *iuria in re alienas* (que recae sobre otro dominio). Dentro de estas últimas se encontraba la superficie. Este instituto se utilizó como una atenuación al principio de accesión inmobiliaria, por cuanto con base en una relación jurídica, cuando una persona construyera en terreno ajeno pero con materiales propios, no era el titular del fundo el dueño de estas construcciones, sino la persona que las hubiera realizado.

En nuestra legislación civil, Vélez prohibió el derecho de superficie, consagrando el principio de accesión. La experiencia de Europa durante la Edad Media lo llevó a entender que tanto la Superficie, como la Enfiteusis y las Vinculaciones eran derechos por demás problemáticos, que creaban conflictos de intereses entre las partes. La multiplicidad de derechos reales sobre una misma cosa es una fuente fecunda de complicaciones y pleitos, expresaba el codificador en la nota al artículo 2502 del primer Código Civil Argentino (C. Civ.).

La visión del siglo XIX del derecho de dominio como absoluto y sin limitaciones ha evolucionado hacia un concepto de mayor compromiso social que motivó distintas reformas legislativas, no sólo en nuestro país. Desde una nueva óptica de la extensión del derecho de dominio y atendiendo a un mejor aprovechamiento social y económico de la tierra, las legislaciones de Alemania, Francia, España, Italia, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Uruguay, Cuba y Perú receptaron el derecho real de superficie desde el siglo pasado.

En Argentina se dio un primer paso con la sanción de la Ley de Bosques en el año 2002, junto con la ley 25.509, la cual incluyó en la nómina de los derechos reales, al derecho de Superficie Forestal. Este es, un tipo de superficie donde el objeto está limitado a la forestación.

El legislador moderno optó por admitir el derecho de superficie en su amplia concepción de plantar, forestar o construir. Se le reconoce a este derecho una utilidad fundamental en pos de impulsar la actividad de la construcción, necesaria para paliar la crisis habitacional existente en nuestro país y en la faz de la plantación o forestación, promover de manera indirecta la riqueza del país.

III. Concepto y caracteres del derecho real de superficie

El concepto legal de este derecho real se encuentra en el artículo 2114 del Código que reza de la siguiente manera:

El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecido en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y leyes especiales.

Así pues, puede decirse que el derecho de superficie es el derecho real mediante el cual una persona (superficiante) transmite a otro (superficiario) las más amplias facultades sobre el derecho de construir o mantener lo construido en un inmueble de su propiedad, con carácter temporal, deviniendo en dueño de lo construido, con independencia de la propiedad del suelo. Nuestro ordenamiento jurídico permite a su vez otras dos variantes, la de plantación o forestación, ya sea como derecho de superficie (cuando se trata de plantar o forestar) o propiedad superficiaria (cuando el superficiario adquiera lo ya plantado o forestado y lo hace suyo).

III.1. Es un derecho real temporal

El Código brinda una definición completa de este derecho, incluyendo en la misma todos sus caracteres. Lo primero a tener en cuenta es que es un derecho real temporario. Es decir, que cumplido determinado plazo se extingue, pues como todos los derechos reales que desmiembran al dominio, tiene un límite en el tiempo.

De acuerdo con el objeto de la superficie variará el máximo legal. Será de 70 años si la superficie es de construcción y de 50 años si el objeto del derecho son plantaciones o forestaciones.

En el título suficiente se plasmará el plazo de duración, que puede ser menor al estipulado en el código. También puede prorrogarse, teniendo como límite máximo el tiempo impuesto por la ley. Es decir que, si la superficie de edificación se constituyó por 30 años, puede extenderse por 40 más. Asimismo, puede estar sujeto a una condición resolutoria, es decir que se sujeta el límite de duración del derecho al cumplimiento de determinado hecho. Se rige siempre por las normas de orden público que imperan en materia de derechos reales.

La limitación contenida en su estructura, en cuanto al tiempo de duración, responde a un principio básico: toda persona explota más su derecho y lo conserva mejor si es dueño único. Cuando la titularidad de una cosa recae en más de un sujeto, inexorablemente las personas se ven atravesadas por la calidad de su vínculo y la más de las veces, priman los choques de intereses y el consecuente desinterés

sobre la cosa. Por el contenido económico de los derechos reales, que repercute a nivel país, no puede dejarse librado a los particulares la productividad de los inmuebles. Por eso se limitan en el tiempo.

III.2. Inmueble ajeno

Se constituye sobre una cosa inmueble y siempre debe ser ajena. Existirá un dueño de la tierra, el constituyente o superficiante, y por otro lado de forma separada pero en el mismo inmueble, el superficiario, dueño de la propiedad superficial, quien tendrá un derecho sobre cosa propia, en un inmueble ajeno. Esto es típico del derecho real de superficie, que suspende el principio de accesión mientras esté vigente.

La accesión es un modo de adquirir el dominio, que nace del hecho de la unión o incorporación, ya sea natural o artificial de una cosa, a la propiedad de otra en calidad de accesorio y de modo inseparable. Se une o incorpora una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesión. Sin embargo, este principio en la época moderna va perdiendo rigidez y se admite la propiedad separada.

Pese a esta atenuación, la estructura del derecho real de dominio no ha cambiado. Así, la extensión del titular de dominio de una cosa inmueble comprende el volumen vertical que se encuentre sobre el espacio aéreo, la rasante y el subsuelo en la medida en que su aprovechamiento sea posible, con las restricciones que otras leyes impongan (artículo 1945 CCiv. y Com.).

Una vez que se constituye el derecho de superficie, el dueño de la misma hará suyos todos los frutos, ya sean naturales, civiles o industriales. Nada podrá reclamar el dueño del suelo. Así lo impone el artículo 2115 del Código al expresar que el superficiario hace propio lo plantado, forestado o construido y que coexiste su derecho de manera separada al del titular del suelo.

El hecho de que el inmueble sea ajeno no debe ser confundido con las modalidades que puede revestir este derecho, dado que son dos cosas distintas. La superficie puede clasificarse de acuerdo con si su objeto recae sobre cosa propia o ajena, pero el inmueble donde se emplaza, siempre es ajeno.

III.3. Facultades que otorga al superficiario

El superficiario tiene amplias facultades de uso, goce y disposición, tanto material como jurídica. De tal forma, podrá transmitir el derecho de forma gratuita u onerosa, podrá darlo en garantía y constituir otros derechos reales de menor

extensión como el usufructo —artículo 2131 CCiv. y Com.— tanto en la modalidad de derecho de superficie como de propiedad superficiaria.

Este derecho puede constituirse sobre el terreno, el vuelo o el subsuelo. Esta distinción responde a los tres planos en que puede dividirse la explotación de la tierra. El primer plano es el terreno o también llamado rasante. El vuelo, se refiere a todo aprovechamiento que pueda realizarse en el espacio aéreo y el subsuelo responde a toda utilización que pueda hacerse debajo de la tierra.

Un ejemplo, podría ser el supuesto donde en un edificio se constituya el derecho de superficie sobre la terraza del mismo, para tener facultad, en un futuro, de construir una nueva unidad funcional. De esta manera se cambiaría la reserva de sobreelevar (derecho personal) por un derecho real que otorga mayores facultades. Por otro lado, también podría edificarse en el subsuelo de un inmueble, construyendo cocheras subterráneas, resolviendo de tal manera el problema de espacio para estacionar automóviles en zonas céntricas urbanas.

En efecto, son muy amplias las facultades del superficiario. Tal es así, que hasta puede afectar a propiedad horizontal su derecho si es que no se pactó lo contrario en el contrato y luego comercializar las unidades funcionales. De esta manera, se dota de una herramienta nueva a las relaciones comerciales.

Es de práctica común, que el dueño de un terreno pacte con una constructora la entrega de un inmueble a cambio de determinadas unidades funcionales que se construirán a futuro. Ambas partes sacan provecho, pues, por un lado, el titular del inmueble obtiene un monto mayor por la permuta de su lote por futuros departamentos; por el otro, la constructora se beneficia al no tener que invertir grandes sumas de dinero desde el comienzo del desarrollo. Esto le permite utilizar ese capital para otros fines conexos. Sin embargo, existen serios riesgos. Para el primero, porque la expectativa aquella de la titularidad, puede frustrarse si el emprendimiento no resulta exitoso. Para el segundo, porque en el caso en que no se haya transmitido la propiedad, ésta queda como garantía común de los acreedores del dueño del terreno, existiendo la posibilidad de ser subastado.

Ahora bien, en vez de este negocio, al que suele garantizarse con derechos reales de garantía como la hipoteca, que tiene sus costos y la ejecución es engorrosa, puede utilizarse el derecho de superficie. Así desde el principio, ambas partes gozarán de mayor seguridad jurídica y certeza, por cuanto por un costo menor a la compra de un inmueble, puede constituirse la superficie e inclusive, con el conocimiento de un notario competente, diagramar un pago a futuro también en especie, como se mostró en el ejemplo anterior (Unidad Funcional). Inclusive, existe la posibilidad de eximir al superficiario de la indemnización y tomar como parte de pago el regreso del inmueble edificado.

<https://doi.org/10.24215/25916386e006>

Finalmente, dentro de las facultades del superficiario se encuentran las de constituir derechos personales sobre su derecho; así pues, haciendo uso de su facultad de goce, podría dar en locación lo edificado.

El límite de los derechos reales y personales que constituya el superficiario estará dado por el plazo de su derecho. Al extinguirse la superficie, ésta debe volver libre de todo gravamen a su titular.

III.4. Facultades que conserva el superficiante

El código expresa que el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario (artículo 2121 CCiv. y Com.). Debe detenerse en la cuenta de que estas facultades son las residuales de aquellas que se le han otorgado al superficiario, y por exclusión el dueño del suelo sólo goza del derecho de disposición.

Ahora bien, aquí cobra relevancia la idea de la tridimensionalidad de este derecho, es decir, que al interrumpirse el principio de accesión, cada plano es independiente si así se lo distingue en el contrato, por tanto pueden separarse el subsuelo, de la rasante, del espacio aéreo. En efecto, si la Superficie se emplaza sobre un solo plano, por ejemplo, el subsuelo, el dueño del suelo ostenta sobre los otros dos planos —rasante y espacio aéreo— plenas facultades de uso, goce y disposición, tanto material como jurídica, ya que no se da el supuesto mencionado de exclusión en el uso y goce por parte del superficiario.

Solo en el caso donde se constituya la superficie sobre los tres planos, abarcando la rasante, subsuelo y espacio aéreo, el superficiante gozará únicamente del derecho de disposición, de acuerdo con el contenido que se fijó en el contrato.

Toma trascendental importancia el asesoramiento que hagan los profesionales del derecho a las partes negociantes, para poder abrir el abanico de posibilidades en cuanto a las condiciones que se pueden negociar al constituirse el derecho, pues dependerá de su conocimiento, la forma que tome cada supuesto de superficie. Se recomienda que se reserve el superficiante, los planos que no fuera a utilizar el superficiario.

III.5. Destino

El Código ha optado por admitir las variantes amplias de la superficie; así las posibilidades abarcan la plantación, la forestación o la construcción, lo que se denomina el destino de la Superficie.

El superficiario no puede cambiar el destino por el cual se constituyó la superficie originariamente. Así, si la misma es de plantación, por su sola voluntad no puede construir una edificación y explotarla. En tal caso deberá renunciar a su derecho y constituirse uno nuevo.

Cabe aclarar, que esta circunstancia se debe merituar en relación con la situación de hecho y cuál es la actividad principal, puesto que si para guardar y proteger la plantación cosechada se construyera una precaria edificación dentro del predio, de ninguna manera se estaría cambiando el destino, ya que la explotación continúa siendo la plantación, y esa construcción es accesoria a los fines de un mejor aprovechamiento y realización de su actividad.

IV. Constitución

Se encuentran facultados para la constitución de la superficie los titulares de los derechos reales de Dominio, Condominio, Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios, atento a que estos últimos conforman un derecho real de Propiedad Horizontal Especial (artículo 2118 y 2075 CCiv. y Com.).

Este derecho se constituye por contrato, de acuerdo con el artículo 2119 del Código y puede ser oneroso o gratuito. Rige la teoría del título y modo suficientes, por lo que será necesario que las partes otorguen una escritura pública, dado que el derecho recae sobre cosa inmueble (artículo 1017 CCiv. y Com.) y se haga tradición de la cosa, requisito que será viable únicamente si se trata de la propiedad superficiaria.

Se transmite por causa de muerte, así el heredero continuará la persona del causante en este derecho por el tiempo que reste al primer superficiario.

De acuerdo con el artículo 2119 del Código, está prohibida la adquisición por prescripción adquisitiva. Así los codificadores optaron por la postura de la doctrina clásica, que advierte la dificultad de distinguir el *animus* tendiente a adquirir solamente lo edificado y no el suelo sobre el cual se asienta más la edificación. De manera contraria, sí se permite la prescripción breve, que fue pensada como una manera de sanear el título transmisivo. Se requerirá buena fe, justo título más la posesión ostensible y continua de diez años, lo que lo hace aplicable únicamente al supuesto de la propiedad superficiaria.

Cabe preguntarse si existe alguna limitación en la transmisibilidad de este derecho, como sucede en el derecho foráneo —por ejemplo, en Cataluña (España), Perú o Cuba— donde se permite que el constituyente pueda limitar la facultad de disposición jurídica. Ahora bien, entendiendo que la transmisión es un aspecto que hace a la estructura del derecho real, si se hubiera querido, especialmente se

habría previsto. Por tal, rige la norma general del artículo 1972 del Código, donde se permite únicamente la prohibición de transmisión sólo a determinada persona, y si el acto es gratuito, además, se limita a diez años la prohibición. Como este derecho es nuevo en nuestra legislación, será el juez el intérprete final, quien podrá revisar las cláusulas de cada contrato en particular y en su caso determinar que son abusivas.

Aunque especialmente la ley no lo diga, como sostenía el Dr. Jorge Alterini (2016), la superficie puede constituirse por testamento, por aplicación de los principios generales. El Dr. Claudio Kiper (2016) también es conteste con esta postura.

Existe la posibilidad de ser adquirida la superficie por subasta, debido a que es un derecho real de contenido patrimonial, que puede ser dado en garantía y luego ser ejecutado ante el incumplimiento del pago por parte del superficiario. La persona que compre en subasta el derecho de superficie en cualquiera de sus dos modalidades, reemplazará al ejecutado en sus derechos y obligaciones. No se extenderá más allá del derecho que tenía su antecesor, por tal gozará del plazo de duración que reste al primer superficiario, teniendo en cuenta lo convenido en el contrato constitutivo y ejercerá su derecho de acuerdo con el destino y con las limitaciones pactadas en el mismo.

Finalmente, también puede adquirirse por partición judicial, si los herederos acuerdan repartirse los bienes hereditarios pactando para algunos la Superficie y para otros la propiedad separada, y el juez lo aprueba.

V. Modalidades

Las modalidades son dos, una es el derecho de superficie y la otra la propiedad superficiaria.

Será derecho de superficie, cuando se trate del supuesto de un derecho a construir, a plantar o forestar. Aquí el objeto del derecho real es un derecho. Recuérdese que una innovación en materia de derechos reales es que el objeto de los mismos puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley de acuerdo con el artículo 1883 del Código. En este caso, el derecho recae sobre cosa ajena siguiendo la clasificación del artículo 1888 de la ley de fondo y se aplican de forma subsidiaria, las reglas del usufructo. Esta modalidad tiene dos etapas, la primera es la comentada.

La segunda etapa, comienza una vez que el superficiario construye, planta o foresta. Aquí sí existe una cosa presente y tangible, que da nacimiento a la propiedad superficiaria. Entiéndase como un proceso, en donde una vez que comienza a aparecer la edificación, la primera planta o el primer árbol, el objeto pasa a ser

esa cosa. Aquí se aplican de manera subsidiaria las reglas del dominio revocable. El derecho que se tiene es sobre cosa propia.

La propiedad superficiaria puede nacer también desde un primer momento, en el caso donde ya existan la edificación, plantación o forestación. Aquí el derecho recae sobre cosa propia.

La distinción es importante para ver qué reglas se aplican de forma subsidiaria. En resumen, la distinción acerca de si recae sobre cosa propia o ajena es importante para saber qué norma aplicar, en caso de existir una laguna legal.

Tal como en el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, tomando la idea del Código de Italia de 1942, el nuevo código diseñó dos planos en el derecho de Superficie. Esto es conteste a la realidad negocial, que marca dos estadios. Al tiempo de contratar puede resultar que ya exista la plantación, por ejemplo, y sea sobre ese objeto que se adquiriera el derecho, que por el complejo de facultades que le otorgan a su titular, se lo denomina propiedad superficiaria. Podría darse el caso contrario también, que al momento de celebrar el contrato, la tierra sea apta para ser plantada pero que no se haya realizado ninguna labor sobre ella. Como esto varía según la casuística, es correcto que jurídicamente se regulen ambos supuestos.

VI. Emplazamiento

La superficie se emplazará sobre un inmueble ajeno. Aunque el Código no lo diga, se entiende que debe ser apto para el destino fijado en el contrato. En el mismo sentido que resuelve la cuestión el derecho español, el Código permite al superficiario ejercer su derecho en el terreno, en el espacio aéreo o en el subsuelo. Así se admite, la tridimensionalidad de este derecho, tres dimensiones autónomas del inmueble y en las que en cada una de ellas podría ser emplazada una superficie distinta (de acuerdo con la estructura del derecho de superficie, el único que permite la suspensión del principio de accesión).

Según lo que se plasme en el contrato, la superficie podría ocupar la totalidad o no del inmueble involucrado y delimitarse en tal caso a alguno de los tres planos involucrados. Bien podría darse el caso en que existan tres superficiarios distintos, uno en cada plano de inmueble, es decir, un superficiario que se emplace en subsuelo, otro que explote la rasante y un tercero en el espacio aéreo.

De acuerdo con las necesidades propias de cada negocio, se autoriza la constitución del derecho sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte material determinada. Nunca sobre parte indivisa.

La extensión del inmueble puede ser mayor que la que se necesite para la construcción, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento, dice el artículo 2116 del Código. Con esto se quiere evitar la constitución de una multiplicidad de derechos sobre un mismo inmueble, por tal, si necesita construir dos torres o pilares para apoyar su construcción en el espacio aéreo, no necesita constituir una servidumbre, porque el Código autoriza al superficiario a utilizar una porción más grande del inmueble si le sirve para el aprovechamiento de su empresa. Esto deberá pactarse en el contrato fuente.

Teniendo en cuenta la experiencia del derecho español, donde, además de la superficie, existe otro instituto que se lo denomina “volumen edificable”, al momento de constituirse la superficie, las partes contratantes deberán prestar suma atención a los valores FOS y el FOT. La sigla FOS significa Factor de Ocupación del Suelo, o sea el valor que indica qué porcentaje del área de terreno puede ser construido en una zona determinada. Esto varía según los códigos urbanos de zonificación correspondientes a la zona donde se encuentra el terreno donde se quiere construir. El FOT representa las siglas de Factor de Ocupación Total, el cual es el coeficiente que indica cuántos metros cuadrados totales se pueden construir en un terreno. Estas variantes son distintas en cada regulación local, por tanto las características del inmueble en cuanto a su utilidad no son siempre iguales, modificándose el valor del derecho, pues puede limitarlo o mejorarlo. A su vez debe ser analizado a futuro el valor de la superficie, por la trascendencia de este derecho en el tiempo.

VII. Extinción e indemnización

En el artículo 2124 del Código se prevé la extinción de la superficie, que puede ser por renuncia expresa del superficiario, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación o previa declaración judicial, por el no uso durante diez años en el supuesto de construcción, y cinco si se trata de plantaciones o forestaciones.

Como efecto de la extinción, el propietario hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de todo derecho real o personal que hubiera constituido el superficiario. Si la extinción se produjera antes del cumplimiento del plazo legal o el convenido por las partes, el Código regula que los derechos reales, tanto de la superficie como del suelo, continuarán gravando a las dos parcelas de manera separada, hasta que se cumpla el tiempo previsto en el contrato de extinción de acuerdo con lo que esgrime el artículo 2125 del CCiv. y Com.

A su vez, por cuanto el dueño del suelo vuelve a tener el dominio pleno, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto, la ley prevé que sea indemnizado el superficiario, salvo que las partes convengan expresamente lo contrario.

De no haber sido convenida la manera de estimar la indemnización, el Código establece que se tomarán en cuenta los valores incorporados en los últimos dos años (artículo 2126 del CCiv. y Com.).

VIII. Publicidad registral inmobiliaria

La publicidad registral coadyuva al conocimiento de los derechos reales constituidos sobre los inmuebles. Estos son de carácter absoluto, es decir, son oponibles a toda la sociedad —*erga omnes*— y para que sea operativo el respeto de estos derechos, es preciso que sean conocidos.

En la actualidad, los registros cumplen un rol determinante para los negocios jurídicos que operan en el comercio, como, asimismo, en el desarrollo del crédito, debido a que puede conocerse el estado patrimonial de cada persona a través de la información que los mismos brindan.

Bien lo decía Vélez Sarsfield en la nota al artículo 577 del Código derogado:

Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento, que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos como sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce.

El Código vigente expresa, que la adquisición o transmisión de los derechos reales sólo serán oponibles a terceros interesados de buena fe, cuando tengan publicidad suficiente; si versan sobre inmuebles, la publicidad suficiente es la posesión (artículo 1893 CCiv. y Com.).

Desde el punto de vista de la seguridad estática, la posesión como relación entre un sujeto y una cosa es protegida por las acciones posesorias, frente a las turbaciones o ataques de terceros, en pos de mantener la tranquilidad y la paz social. Empero, para preservar a los individuos en una sociedad compleja como la nuestra, la publicidad posesoria resulta ineficiente, por ello, el Estado procura, a través de los Registros de la Propiedad, contribuir a la seguridad del tráfico inmobiliario.

<https://doi.org/10.24215/25916386e006>

La publicidad registral hace a la seguridad dinámica, pues es la única que posibilita a los interesados conocer la situación jurídica de los inmuebles, la cual varía día a día y tiene reflejo en los registros.

Es una publicidad oficial, puesto que es el Estado quien da a conocer las situaciones jurídicas que versen sobre un inmueble. El Estado pone al alcance de quien tenga interés legítimo, la posibilidad de tomar conocimiento de la situación jurídica del bien, su libre disponibilidad, o los gravámenes y cargas que pesan sobre él.

IX. Registro de la Propiedad Inmueble y Catastro en la provincia de Buenos Aires

El Registro de la Propiedad Inmueble tiene como principal misión, invariable a través del tiempo, dar publicidad a los derechos reales a fin de que sean oponibles a terceros (artículo 1893 CCiv. y Com.) y de tal forma garantizar el derecho de dominio sobre los bienes inmuebles.

Los inmuebles matriculados en los registros inmobiliarios locales del país, pertenecen siempre al dominio privado de las personas humanas o jurídicas, como también del Estado Nacional, Provincial o Municipal (cuando se trate de los inmuebles propios del ámbito privado).

En cambio, el relevamiento que realiza catastro lo hace tanto sobre bienes del dominio privado como público, pues a este organismo le interesa conocer la riqueza nacional.

Para que un Registro Inmobiliario desarrolle su función con eficacia, necesita de un Catastro que le brinde la información de hecho de los inmuebles.

El Catastro Territorial nace a partir de la necesidad de conocer y ordenar el estudio de hecho de los inmuebles y de tal manera, mide y determina el territorio, sus fundos, la riqueza en mejoras y producción de recursos, con fines primordialmente fiscales. En la provincia de Buenos Aires rige la ley 10.707 y a nivel nacional la ley 26.209 sancionada en el año 2006.

Un punto en común que tienen Catastro y Registro es que ambos organismos registran datos con relación a los inmuebles. La diferencia radica, en qué tipo de información brinda o le incumbe a cada uno de ellos. El Catastro trabaja con el aspecto físico (el relevamiento de la superficie, linderos, etc. del inmueble) y el Registro con el jurídico (los derechos que recaen sobre inmuebles para hacerlos oponibles a terceros).

Ambos organismos se necesitan mutuamente. Esto es así, puesto que el registro inmobiliario requiere la determinación del objeto con precisión para que exista verdad material o exactitud registral, que se da cada vez que la cosa inmueble (plasmada en el título suficiente y el folio real) coincide con la realidad del terreno y su representación gráfica (a través del plano de mensura de la parcela).

Por su parte, al catastro le interesa conocer un dato relevante a la hora de cobrar los tributos que sólo puede proporcionárselo el Registro de la Propiedad: la titularidad de dominio. Cada vez que se registra un título de propiedad, el registro actualiza el Índice de Titulares, a los fines de dar a conocer el cambio de titularidad del inmueble.

X. Análisis de la normativa vigente en la provincia de Buenos Aires

En la faz práctica, para que se pueda constituir el derecho real de Superficie se tendrá que tener en cuenta dos normativas, una propia de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), del sector Catastro, la resolución 9 del año 2018 (res. 9/2018) y otra registral, la Disposición Técnico Registral número 5 del año 2018 (DTR 5/2018).

ARBA, mediante la res. 9/2018, regula la parcela superficiaria, el estado parcelario superficiario y la expedición de un certificado catastral a los efectos de la constitución del derecho real de Superficie.

En el artículo primero brinda el concepto de parcela superficiaria, y dice que se refiere a “la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal cerrada, cuya existencia y elementos esenciales consten en el plano confeccionado a los efectos de constituir el estado parcelario”. De esta manera, se crea una determinación propia para el espacio donde estará constituida la superficie. Si bien ésta puede ocupar la totalidad del inmueble, la parcela superficiaria brindará datos específicos del emplazamiento, puesto que puede ocupar la rasante, espacio aéreo o subsuelo y, asimismo, abarcar la totalidad o no de cada uno de estos espacios. Por ejemplo, constituirse de manera parcial sobre la rasante del inmueble.

Asimismo, exige la confección de un plano a los fines de delimitar el polígono donde se emplazará el derecho de superficie. El mismo no requerirá intervención de ningún organismo municipal, provincial o nacional, lo cual lo distingue del resto de los planos, pues es más sencilla su aprobación. El plano es un documento cartográfico, confeccionado por un agrimensor matriculado, pero en este caso, no llevará visado municipal, pues solamente se realiza a los efectos de hacer un estado parcelario. Esto hace más económico el trámite, y la Municipalidad no tendrá que aprobar si se puede o no realizar determinado cambio en el objeto.

La constitución de la superficie no impacta en los datos del título ni del plano de mensura del inmueble, pues no cambia el objeto de origen. No modifica el estado geométrico del inmueble.

A partir del plano de superficie, se creará una nueva parcela, que no alterará de modo alguno la anterior, pues son independientes. Como sucede en las anexiones de inmuebles, seguramente se le agregará al número asignado a la parcela, alguna distinción, por ejemplo, una letra —parcela 8 a—.

La obligación de la confección de un plano de mensura a los efectos de determinar la parcela superficiaria, rige tanto para el caso de la Superficie que comprenda la totalidad del inmueble como si es de parte determinada (también llamada superficie parcial).

X.1. ¿Para qué sirve un plano?

El plano permite establecer la individualización del inmueble por su delimitación territorial, asegurando la correcta publicidad de los asientos registrales y garantizando la oponibilidad de los derechos ante terceros. La planimetría está íntimamente vinculada a la actividad notarial y registral, porque sin esta sería difícil determinar cada inmueble.

La mensura es la inteligencia del título aplicada al terreno, pues constata lo que dice el título con la realidad. Es una operación técnica que investiga y ubica el objeto conforme a pautas jurídicas.

El acto de mensura es el único medio que permite la ubicación territorial precisa del título suficiente, definiendo sus límites jurídicos y relacionándolos con los hechos que materializan las posesiones efectivas.

Los planos que modifiquen el estado geométrico de un inmueble deberán estar previamente aprobados, registrados y anotados en Geodesia para poder ser inscriptos en el Registro de la Propiedad, previa comunicación administrativa del cambio físico del inmueble.

El artículo 27 del decreto ley 11.643/63 establece que los planos producirán efectos registrales desde el momento de su toma de razón en el folio respectivo.

X.2. ¿Qué es un certificado catastral?

El Certificado Catastral es el documento a través del cual se publicita el estado de hecho de la cosa inmueble, en su aspecto físico, jurídico y económico. Brinda

información certificada correspondiente a la nomenclatura catastral, partida del inmueble y las discrepancias que pueden o no existir, entre el título de propiedad y sus antecedentes, en oposición al hecho existente (duplicidad de inscripciones, afectaciones, restricciones), su ubicación, medidas, y linderos. Se solicita para constituir, modificar o transmitir derechos reales.

El certificado catastral, le permite conocer al adquirente de un inmueble, antes de la formalización del acto de transmisión de dominio, el real estado de los hechos físicos existentes, y también proporciona datos de las limitaciones, restricciones o servidumbres administrativas o doble dominio, de existir.

X.3. Determinación del inmueble con relación al estado parcelario

Los inmuebles de cada provincia están matriculados en cada Registro de la Propiedad. El principio registral de determinación del inmueble (artículo 12 Ley Registral) dispone que a cada inmueble se le asigne un folio real, donde consten la ubicación y descripción del inmueble, con las medidas, superficie y linderos, nomenclatura catastral y plano de mensura.

Aquí toma trascendental relevancia la función catastral, pues a través de operaciones técnicas, con relevamientos directos en el terreno, se determinan los datos dichos en el párrafo anterior, y a su vez se los confronta con aquellos que surgen del título de propiedad. De ese resultado se obtiene lo que se denomina el estado parcelario, que también contiene la valuación fiscal.

Según donde esté ubicado el inmueble, dado que responde a normas locales, el estado parcelario tiene diferentes plazos de validez. En la provincia de Buenos Aires será de dos años si es terreno urbano baldío; seis años inmueble urbano edificado; doce años parcela rural y subrural; en el régimen de Propiedad Horizontal, si es planta baja seis años y plantas en altura doce años, de acuerdo con la ley 10.707.

El estado parcelario quedará constituido por la registración en el organismo de aplicación del plano de mensura y del que deberán surgir los elementos que permitan definir la parcela. La registración no subsana ni convalida los defectos de los documentos (artículo 7 Ley Nacional Catastro 26.209).

La determinación del inmueble varía toda vez que se confecciona un plano, ya sea de mensura, división y/o unificación, cambiando el objeto desde la confección del mismo. El Registro de la Propiedad, tomó razón de los planos y los archivó hasta el año 1993. A partir de allí, Geodesia toma razón de los mismos. Una vez visados y registrados por catastro genera efectos administrativos y tributarios; provoca el nacimiento de nuevas parcelas (con su respectiva nomenclatura catastral

<https://doi.org/10.24215/25916386e006>

actualizada), pero no impactan sobre los derechos reales hasta que las manifestaciones de las partes se plasmen en instrumento público.

XI. Registración del derecho real de superficie

El derecho de Superficie es jurídicamente independiente del derecho del dueño del suelo y, por ende, debe darse una correcta publicidad. El contrato debe ser hecho por escritura pública (artículo 1017 CCiv. y Com.) y ser registrado en el Registro de la Propiedad Inmueble. Al efecto este organismo dictó la DTR 05/2018.

Con buena técnica, en el primer artículo se especifica que la escritura pública portante del derecho real de superficie ingresará junto con el certificado catastral, más una copia simple del plano de mensura para constituir el derecho real de Superficie, con firma y sello del escribano autorizante del documento. A esto debe agregarse, de acuerdo con el principio de rogación (artículo 6 Ley Registral) el ingreso del documento dentro de una carátula rogatoria y acompañar minutas rogatorias al efecto.

Nótese la diferencia con el resto de los planos que ingresan al Registro, que deben ser originales o copia certificada por escribano. Aquí el aforismo notario-registral “plano mata plano”, o “plano mata título”, no se usa, pues el plano para la constitución de la superficie, no cambia el objeto de origen, no modifica el estado geométrico de un inmueble. Por eso es suficiente una copia simple del plano para la registración del derecho, a los fines de cotejar la determinación de la superficie, con los datos que se reflejan en el subfolio real creado al efecto.

En el caso que de existir más de un titular de dominio —condominio, propiedad horizontal o conjunto inmobiliario— deben comparecer todos los cotitulares al acto escriturario con la finalidad de manifestar su voluntad, o ser representados por poder.

Dado que las partes pueden elegir un término menor al plazo máximo legal, es sustancial determinar el plazo por el cual convienen la creación de este derecho. En el caso de no consignar ningún plazo, el Registro de la Propiedad tomará razón provisoria del título que se presente a inscribir (artículo 1 DTR 5/2018).

La inscripción de la superficie, origina la apertura de un nuevo folio real. Así, coexistirán dos folios sobre el mismo inmueble, para representar, por un lado, el derecho del titular de dominio y el otro folio, la titularidad del superficiario. No cambia el número del folio real de origen. Por lo contrario, se trasladará el mismo número de folio al sub folio y se le agregará la letra S de superficie, en el margen derecho superior, más el número 1 si es la primera superficie constituida y

así correlativamente se las enumerará de existir más de una superficie sobre un mismo inmueble.

En el año 1984, en el sexto Congreso Internacional de Derecho Registral llevado a cabo en España, se había entendido que

El tratamiento registral de este derecho debe tender a facilitar su desenvolvimiento en el tráfico jurídico, tanto en lo que respecta al derecho del concedente como al del superficiario. A tal fin, la propiedad superficiaria creada debe abrir folio registral nuevo, en el que sin perjuicio de la conexión con el folio del suelo con vistas a la posterior consolidación del dominio, se vayan haciendo constar las vicisitudes jurídicas de la propiedad superficiaria; y tal separación, debe mantenerse mientras no haya transcurrido el plazo establecido, incluso en caso de reunión de ambos derechos (del concedente y del superficiario) en una misma persona si el respeto a gravámenes o situaciones jurídicas impone su subsistencia.

Se deja constancia en el rubro “e”, de descripción del inmueble, la constitución de este derecho real y se relaciona por nota el número del sub folio real que se adjunta. Asimismo, se deja constancia de los datos identificatorios del Plano de Mensura aprobado al efecto (legajo, folio, fecha), la designación de la parcela superficiaria y su superficie, la finalidad del derecho real de superficie y el plazo establecido.

Aunque no lo diga la DTR, surgiendo del plano qué espacio del inmueble ocupará el derecho, por cuanto tanto puede estar emplazado en la rasante, el espacio aéreo o el subsuelo, no cabe dudas que debe publicitarse, y que debe hacerse en el rubro E del folio de origen como en el sub folio abierto al efecto. Claro está, esto debe especificarse en el título constitutivo y en minutas rogatorias.

Esta omisión en la segunda DTR dictada para la registración del derecho de superficie, demuestra que la idea de la tridimensionalidad, típica de este derecho a la manera en que se encuentra legislada en nuestro ordenamiento jurídico, aún resulta extraña. Sin embargo, es imperioso que sea incorporada, puesto que depende de los operadores jurídicos el éxito de esta figura que posibilita negociar variadas formas, con repercusión económica de gran magnitud.

Teniendo en cuenta ahora el sub folio específico de la Superficie, para describirlo es menester tener en cuenta la gran división horizontal que tiene todo folio real. Es decir, por un lado, se encuentra la descripción del inmueble, en la parte media superior, donde se deja constancia de los datos identificatorios del plano de mensura, cuál es la designación de la parcela superficiaria, y la superficie de la

misma. Asimismo, la dimensión que ocupe la superficie, si así surge del título y el plano (rasante, espacio aéreo o subsuelo).

En la parte inferior del folio real, se publicitan la titularidad y las posibles transmisiones de este derecho. Igualmente, los gravámenes que se constituyan (artículo 2120 CCiv. y Com.), las medidas cautelares y las respectivas cancelaciones o levantamientos según el caso, más los certificados relativos al derecho real de Superficie (artículo 4 DTR 05/2018).

En el supuesto de que se rogara la limitación de la facultad del superficiario respecto a la afectación al derecho real de Propiedad Horizontal sin el consentimiento del titular de dominio (artículo 2120 CCiv. y Com.), será publicitada dicha circunstancia tanto en el Rubro b) de la matrícula de origen como en el de las resultantes. Si una vez registrada la limitación, ingresa para su toma de razón un documento de afectación y no surge dicho consentimiento, el documento será observado e inscripto en forma provisional (artículo 5 DTR 05/2018).

Algo totalmente novedoso para la técnica registral, es la apertura de un sub folio de superficie, para partes comunes en el régimen de propiedad horizontal. Así dispone la DTR en el artículo 6: “cuando el objeto del derecho real de superficie se constituya sobre partes comunes de los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, se procederá a la apertura de la matrícula “SPHC” o “SCIC”, según corresponda”. Esta innovación, impensada en otros tiempos, responde a lo que se prevé en un futuro cercano sea de práctica común, como remplazo del derecho de sobreelevar por el derecho de superficie.

A su vez, el folio de origen también puede tener movimientos que no estén relacionados con el derecho real de superficie. Como el titular del inmueble conserva amplias facultades, podría ser vendida la nuda propiedad y tener su reflejo en la matrícula madre, como también registrarse una declaratoria de herederos, como también constituir otra superficie, si no se utilizaron previamente los tres planos, etc.

Producida la extinción del derecho de superficie, se instrumentará tal situación por escritura pública o documento judicial. Se practicará un asiento registral inscribiendo la extinción, en el rubro “e” (descripción del inmueble) del folio real, tanto en la matrícula de origen como en la de la superficie.

En el artículo 9 se plantea el supuesto especial que contempla la subsistencia de las obligaciones del superficiario en caso de extinguirse el derecho antes del cumplimiento del plazo legal o convencional (artículo 2125 CCiv. y Com.). Así, prevé que la registración de la extinción del derecho real de superficie se practicará únicamente en el Rubro E “Descripción del Inmueble”, del subfolio, sin reflejarse

en el de origen hasta tanto se cancele el gravamen o se agote el plazo legal o convencional del derecho real de superficie.

Finalmente, se considera especialmente cómo se dará la publicidad del folio real, y se expresa que las solicitudes de publicidad serán expedidas mediante las constancias que surjan de la totalidad de las matrículas comprendidas (artículo 10 DTR 05/2018). Es decir, del folio real de origen y los subfolios de superficie que se desprendan del mismo.

XII. Realidad registral en la provincia de Buenos Aires

Al momento de realizar esta investigación, se han registrado siete títulos portantes del derecho de superficie. Asimismo, han ingresado más de veinticinco documentos con superficies, los que han sido observados por cuanto no cumplían con las exigencias legales, en estos casos, no acompañaban plano. Al día de la fecha se encuentran vigentes las inscripciones provisorias.

Tres de las superficies son forestales, constituidas y registradas previa promulgación del nuevo Código. Las otras cuatro han tenido como objeto la construcción. Una de ellas la constituyó un municipio, para permitir la instalación de un parque eólico. Véase, como la superficie puede utilizarse como un instrumento para que el Estado pueda mantener productivas sus tierras, delegando en quien tiene el capital la realización del esfuerzo, y a su vez obtener una renta.

Es dable destacar que, en veinte casos de las inscripciones provisorias, los constituyentes eran titulares de Conjuntos Inmobiliarios. Teniendo en cuenta que la comercialización de las unidades funcionales dentro de este régimen, suele ser más atractiva si se permite adquirir la unidad sin edificación, a los fines de darle a la misma la impronta propia de cada titular, es interesante ver la posibilidad de incluir a la superficie como una alternativa más.

XIII. Conclusiones

Tal como se ha visto en el desarrollo de la presente investigación, la admisión de este nuevo derecho real en nuestro ordenamiento jurídico, trae aparejado la incorporación de conceptos completamente innovadores.

La suspensión del principio de accesión, con la consecuente mirada económica tridimensional de un inmueble, abre las puertas a una nueva era en los negocios inmobiliarios.

Indudablemente, los cambios no son fáciles de receptar, por tal queda en manos de los operadores jurídicos estudiar este tema a fin de incorporarlo a la hora

de asesorar a posibles inversores tanto nacionales como internacionales. El hecho de poder abaratar un negocio en sus comienzos, al no tener que comprar el inmueble, genera en esta figura grandes expectativas.

La superficie es un derecho real que puede aplicarse tanto en negocios de gran envergadura, como se cree ha sido pensado por el legislador, como para la sociedad moderna, la cual sobrelleva desde hace décadas la dificultad de acceder a una casa propia y que, utilizando este derecho, podría tener mejores ventajas para adquirirla.

De igual modo, se observa un mejor aprovechamiento de las tierras del dominio privado del Estado, que sin tener que venderlas, puede obtener de las mismas mayor rentabilidad, transmitiendo las facultades de explotación de las mismas a otra persona, por tiempo limitado.

En cuanto a la exigencia imperante en la provincia de Buenos Aires de la confección de un plano de mensura para constituir la Superficie, se resalta que el mismo no será visado por los organismos provinciales ni municipales, por cuanto no modifica el estado geométrico del inmueble, y su realización es a los efectos tributarios principalmente y jurídicos también, en cuanto a delimitar con exactitud la parcela superficiaria.

Finalmente, se concluye que la superficie tiene un gran futuro por delante.

XIV. Bibliografía

Alterini, J. H. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Clusellas, E. G. (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea-FEN.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2015). *Derechos Reales*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantil (1984). *Anteproyecto de conclusiones que formula la delegación española* [IMP]. Madrid, España.

Kiper, C. (2016). *Manual de Derechos Reales*. 1ª ed. revisada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Mariani de Vidal, M. y Abella, A. N. (2016). *Derecho real de Superficie en el Código Civil y Comercial*. La Ley 23/02/. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Marinelli, L. C. (2009). *Registro de la Propiedad, Catastro Territorial y la actividad notarial*. 2ª ed. La Plata: Fundación Editora Notarial.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Resolución 09/2018. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/04/2018.

Disposición Técnico Registral 05/2018. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/12/2018.

Fecha de recepción: 02-04-2019

Fecha de aceptación: 26-08-2019